

Actualiteiten bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden

Rien Visscher

Inleiding

Het laatste waar je als bestuurder van een rechtspersoon in financieel zwaar weer op zit te wachten, is om ook nog eens persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld voor de schulden van de rechtspersoon. Hoewel in Nederland alleen in uitzonderlijke situaties bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schulden van een rechtspersoon, ligt dat anders bij pensioenschulden van rechtspersonen die verplicht zijn aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds op grond van een in de wet opgenomen bestuurdersaansprakelijkheidsregeling.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op enkele interessante actualiteiten met betrekking tot deze regeling. Eerst zal ik kort ingaan op deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling die in artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 is vastgelegd.

Bestuurdersaansprakelijk bij pensioenschulden

Er zijn rechtspersonen die op grond van een verplichtstellingsbesluit moeten deelnemen in een bedrijfstakpensioenfonds. Aan het pensioenfonds moeten de pensioenbijdragen worden afgedragen die op het loon van de

werknemers worden ingehouden. Wat veel ondernemers zich pas (te) laat realiseren, is dat zij erop moeten toezien dat dit ook daadwerkelijk gebeurt.

Als een rechtspersoon in gebreke is met het betalen van deze pensioenbijdragen, dan kan naast de rechtspersoon ook iedere bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de pensioenschulden in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Als een bestuurder heeft nagelaten om tijdig en op de juiste wijze betalingsonmacht te melden bij het bedrijfstakpensioenfonds, wordt op grond van de wet vermoed dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen aan de bestuurder valt te verwijten. Een bestuurder kan dit wettelijke vermoeden alleen weerleggen, als hij aannemelijk kan maken dat het niet aan hem te wijten is dat de melding van betalingsonmacht niet of niet tijdig heeft plaatsgevonden. Dat zal doorgaans niet eenvoudig zijn. Het is voor een bestuurder daarom belangrijk om tijdig een melding van betalingsonmacht aan het bedrijfstakpensioenfonds te doen als hij voorziet dat 'zijn' rechtspersoon de verschuldigde pensioenbijdragen niet zal kunnen betalen.



Rien Visscher



“ Ook als er wel (tijdig) een melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, is de bestuurder nog niet van de haak. ”

Ook als er wel (tijdig) een melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, is de bestuurder nog niet van de haak. Als het bedrijfstakpensioenfonds namelijk aannemelijk kan maken dat de pensioenbijdragen onbetaald zijn gebleven als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dan kan iedere bestuurder toch nog steeds persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor deze pensioenschulden.

Kortom, iedere bestuurder loopt met deze aansprakelijkheidsregeling een risico om naast de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk te worden gehouden voor de onbetaalde pensioenbijdragen. Het maakt daarbij niet uit of er binnen het bestuur sprake is van een taakverdeling. Alle bestuurders zijn in beginsel aansprakelijk. Naast de formele bestuurders, kunnen ook andere personen als bestuurder in de zin van deze regeling aansprakelijk worden gesteld. Wie dat zijn volgt uit de regeling, waarin een opsomming is opgenomen van rechtspersonen en natuurlijke personen die met een formele bestuurder gelijk worden gesteld. Hierbij kunt u bijvoorbeeld denken aan personen, niet zijnde de formele bestuurders, die toch feitelijk het beleid hebben bepaald of aan de natuurlijke personen achter een rechtspersoon-bestuurder, maar ook aan voormalige bestuurders of vereffenaars.

Recente ontwikkelingen

In een aantal interessante uitspraken heeft de Hoge Raad de afgelopen jaren meer duiding gegeven aan deze aansprakelijkheidsregeling. Verder is er nieuwe wetgeving ingevoerd die van invloed is op deze regeling.

Eén keer melden is in principe voldoende

Als éénmaal een geldige melding van betalingsmacht is gedaan en de bedrijfsvoering wordt voortgezet, dan zal de rechtspersoon nieuwe facturen ontvangen voor de verschuldigde pensioenbijdragen. Dat roept de vraag op of voor die nieuwe facturen opnieuw een melding betalingsmacht moet worden gedaan. De Hoge Raad heeft die vraag onlangs beantwoord: dat hoeft niet, als eenmaal een geldige melding van betalingsmacht is gedaan. Dat is alleen anders als het bedrijfstakpensioenfonds na een melding van betalingsmacht de rechtspersoon heeft laten weten de situatie van betalingsmacht niet langer aanwezig te achten. In dat geval moet een bestuurder een nieuwe melding van betalingsmacht doen als hij voorziet dat de rechtspersoon een nieuwe factuur toch weer niet kan betalen.

Vervolgens kwam de vraag aan de orde of een melding van betalingsmacht in de weg staat aan de aansprakelijkheid

van een bestuurder voor *na* die melding onbetaald gebleven pensioenbijdragen als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat zich na die melding heeft voorgedaan. Deze vraag werd gesteld omdat volgens de letterlijke tekst van de aansprakelijkheidsregeling een bestuurder alleen aansprakelijk kan zijn voor kennelijk onbehoorlijk bestuur *in de periode van drie jaar voorafgaand* aan een melding van betalingsmacht. De Hoge Raad oordeelde echter dat een bedrijfstakpensioenfonds een bestuurder ook aansprakelijk kan stellen voor *na* een melding verschuldigd geworden pensioenbijdragen als het pensioenfonds aannemelijk kan maken dat het niet betalen het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat plaatsvond na die melding.

Uit deze uitspraken volgt dat de Hoge Raad niet uitgaat van een strikte lezing van de tekst van de wet, maar van een redelijke toepassing van deze aansprakelijkheidsregeling. Enerzijds heeft de Hoge Raad oog voor de positie van de bestuurder. Deze hoeft niet steeds opnieuw betalingsmacht te melden als hij dat eenmaal heeft gedaan. Anderzijds heeft de Hoge Raad ook oog voor de positie van het bedrijfstakpensioenfonds en voor de ratio achter deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling die in de eerste plaats is ingevoerd om misbruik van rechtspersonen

tegen te gaan. Dat misbruik kan immers ook nog na een melding betalingsonmacht plaatsvinden.

Een zelfstandige vordering? Of een afhankelijke vordering?

Recent is voor het eerst de vraag aan de Hoge Raad voorgelegd of bedrijfstakpensioenfondsen bestuurders van rechtspersonen ook nog aansprakelijk kunnen houden voor onbetaald gebleven pensioenbijdragen als de vordering jegens de rechtspersoon tot betaling van de verschuldigde pensioenbijdragen inmiddels is komen te vervallen, anders dan door betaling daarvan. Het gaat dan om de vraag of de vordering van het pensioenfonds op de bestuurder een zelfstandige vordering is of een vordering waarvan het lot afhankelijk is van het lot van de vordering op de rechtspersoon.

In lagere rechtspraak is al een keer geoordeeld dat de stuiting van de verjaring van de vordering van het pensioenfonds op een rechtspersoon nog niet automatisch leidt tot de stuiting van de aansprakelijkheidsvordering van het pensioenfonds op een bestuurder. Met andere woorden, de twee vorderingen zijn in beginsel zelfstandige vorderingen. Om te voorkomen dat de aansprakelijkheidsvordering op

een bestuurder verjaart, zal het pensioenfonds dus separaat jegens de bestuurder de verjaring van deze vordering moeten stuiten.

Het Hof Den Haag heeft in 2020 echter geoordeeld dat vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds op een rechtspersoon en diens bestuurder niet zelfstandig zijn. Volgens het Hof was het lot van de vordering van het pensioenfonds op de bestuurder daarom afhankelijk van het lot van de vordering op de rechtspersoon. Inmiddels is deze rechtsvraag voorgelegd aan de Hoge Raad die hier naar verwachting begin van het komend jaar duidelijkheid over zal geven.

Uitbreiding van de kring van aansprakelijk te stellen personen

Niet alleen ontwikkelingen in de rechtspraak, maar ook ontwikkelingen in het kader van nieuwe wetgeving hebben hun weerslag op deze aansprakelijkheidsregeling.

Zo is de kring van personen die in beginsel voor pensioenschulden aansprakelijk kunnen worden gesteld enkele jaren geleden uitgebreid door de invoering van de Wet bestuur en toezicht. Met deze wet werd het mogelijk om

in plaats van een 'two tier board' binnen de rechtspersoon gebruik te maken van een 'one tier board'. Waar van oudsher een strikt onderscheid werd gemaakt tussen enerzijds een raad van commissarissen en anderzijds een formeel bestuur en er dus sprake was van twee afzonderlijke organen binnen de vennootschap, is dit onderscheid bij een 'one tier board' verdwenen. Bij een 'one tier board' maken 'non executives' (de niet-uitvoerende bestuurders) en 'executives' (de uitvoerende bestuurders) deel uit van hetzelfde orgaan, te weten het bestuur. Gevolg daarvan is dat 'non executives' nu ook voor onbetaalde pensioenschulden aansprakelijk kunnen worden gesteld. De wetgever lijkt hier bij de invoering van de Wet bestuur en toezicht niet bewust op te hebben aangestuurd, maar dit is wel het (waarschijnlijk onbedoelde) gevolg van deze nieuwe wetgeving.

Ook nieuw toegetreden bestuurders (denk ook aan interim-bestuurders) moeten op hun hoede zijn, aangezien nieuw toegetreden bestuurders in beginsel ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor pensioenschulden die al bestonden voordat zij bestuurder werden van de vennootschap. Ik ben van mening dat dit ook geldt voor door de Ondernemingskamer aangewezen (tijdelijke) bestuurders. De wet staat daar in ieder geval niet aan in de weg. Dit

betekent dat nieuwe bestuurders er verstandig aan doen om zich ervan te vergewissen of er binnen de rechtspersoon sprake is van pensioenschulden voordat zij als bestuurder toetreden tot de rechtspersoon. Als dan blijkt dat sprake is van pensioenschulden, dan is het voor nieuwe bestuurders verstandig om maatregelen te treffen om het risico op aansprakelijkheid af te dekken, zoals het bedingen van een vrijwaring van de aandeelhouder(s).

Verder is in de rechtspraak door de Hoge Raad inmiddels bepaald dat bij een overgang van onderneming de pensioenvorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Daarmee lopen ook de bestuurders van een verkrijgende rechtspersoon een risico om aansprakelijk te worden gesteld als pensioenschulden die overgaan onbetaald blijven. Bestuurders van verkrijgende rechtspersonen dienen bij een voorgenomen overgang van onderneming hiermee rekening te houden. Van een overgang van onderneming kan onder meer sprake zijn bij de verkoop van een onderneming waarbij een rechtspersoon zijn activa verkoopt. Kort gezegd gaat het er bij een overgang van onderneming om dat in het kader van een contractuele betrekking een ander de zeggenschap en verantwoordelijkheid krijgt over de exploitatie van de



Rien Visscher

onderneming. Van een overgang van onderneming kan ook sprake zijn zonder dat de betrokken partijen zich dat realiseren. Let daar dus goed op!

Gevolgen van de WHOA

Een andere vraag die actueel is, is wat de positie van bedrijfstakpensioenfondsen is in het kader van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (kortweg de WHOA). De WHOA is op 1 januari 2021 in werking getreden en maakt het onder bepaalde voorwaarden voor ondernemingen met schulden mogelijk om aan schuldeisers een dwangakkoord op te leggen. De WHOA beoogt faillissementen te voorkomen en het vermogen van ondernemingen met schulden om reorganisaties door te voeren te versterken. Naast een dwangakkoord biedt de WHOA de mogelijkheid aan een onderneming met schulden om via de rechter een afkoelingsperiode op te leggen aan één of meerdere schuldeisers. Tijdens de afkoelingsperiode worden de mogelijkheden van schuldeisers om zich te verhalen op goederen van de onderneming opgeschort en blijft de schuldenaar onder voorwaarden onder andere gerechtigd tot gebruik, verbruik en vervreemding van goederen om de exploitatie van de onderneming te kunnen voortzetten.

De WHOA heeft geleid tot een aantal nieuwe bepalingen in de Faillissementswet, waarbij er een expliciete uitzondering is gemaakt voor de vorderingen van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten. Die vorderingen vallen niet onder het toepassingsbereik van de WHOA en daarmee dus ook niet onder een eventuele afkoelingsperiode. De wetgever heeft voor vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen geen expliciete uitzondering opgenomen, zodat onduidelijk is of ook vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen onder het toepassingsbereik van de WHOA vallen of daar, net zoals de vorderingen van werknemers uit hoofde van arbeidsovereenkomsten, van zijn uitgezonderd.

Als wordt aangenomen dat voor vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen hetzelfde geldt als voor werknemers, dan kan dat tot gevolg hebben dat bedrijfstakpensioenfondsen zich niets hoeven aan te trekken van een afkoelingsperiode en evenmin van een dwangakkoord indien deze in het kader van de WHOA aan schuldeisers worden opgelegd. Dat zou het vermogen van ondernemingen om te herstructureren aanzienlijk kunnen bemoeilijken aangezien de afkoelingsperiode en het dwangakkoord bedoeld zijn om de kansen op een succesvolle reorganisatie te vergroten en om rust in de

onderneming te brengen. Anderzijds zijn er argumenten om te betogen dat vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen wegens onbetaalde pensioenbijdragen onder de uitzondering vallen zoals die geldt voor de vorderingen van werknemers. Deze problematiek is eerder door mij in een artikel aan de orde gesteld (zie: M.H. Visscher, ‘Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?’ *TvOB* 2020/6), waarbij ik opmerkte dat het erop lijkt dat de Nederlandse wetgever bij de invoering van de WHOA onvoldoende oog heeft gehad voor de positie van het bedrijfstakpensioenfonds.

Inmiddels is er in het kader van een internetconsultatie aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gevraagd om hierover meer duidelijkheid te geven. Verder heeft de Rechtbank Amsterdam inmiddels prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. Voor alle betrokkenen bij een WHOA-procedure is immers van belang dat hierover geen onduidelijkheid bestaat. Wij houden u in een volgende nieuwsbrief of via onze website hiervan op de hoogte.

Ter afronding

De rechtspraak over de aansprakelijkheid van bestuurders bij onbetaalde pensioenpremies is volop in beweging en zal in

de komende maanden naar verwachting tot nieuwe inzichten leiden die in procedures tussen bedrijfstakpensioenfondsen en bestuurders van rechtspersonen relevant kunnen zijn. Zowel voor bedrijfstakpensioenfondsen als voor bestuurders is het verstandig om op de hoogte te blijven van deze ontwikkelingen om hun rechtspositie zo goed mogelijk te kunnen bepalen zodra er bij een rechtspersoon pensioenschulden ontstaan.

Wilt u weten hoe u de risico's op aansprakelijkheid bij onbetaalde pensioenbijdragen kunt beperken? Wordt u geconfronteerd met een procedure? Of wenst u juist meer inzicht in de rechtspositie van het pensioenfonds dat u vertegenwoordigt? Wij helpen u graag.

Neem contact op met **Rien Visscher**:

visscher@dvdw.nl

De sectie Corporate Litigation & Dispute Resolution van DVDW kent diverse specialisten op dit gebied.

Kijk op de website voor meer informatie.

Voor meer (gedetailleerde) informatie over dit onderwerp wijzen wij u voorts op de volgende wetenschappelijke publicaties van Rien Visscher, welke ook te vinden zijn op onze website:

- *M.H. Visscher, 'Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?' TvOB 2020/6;*
- *M.H. Visscher, 'De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden (en het melden van betalingsonmacht) nader bezien', MvO 2018/3-4;*
- *M.H. Visscher, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden: de lange arm van het bedrijfstakpensioenfonds', TvOB 2016/2;*
- *M.H. Visscher, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!', TvOB 2013/6.*

